



Roj: **SAP M 15104/2013 - ECLI:ES:APM:2013:15104**

Id Cendoj: **28079370222013100847**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **22**

Fecha: **25/10/2013**

Nº de Recurso: **1826/2013**

Nº de Resolución: **832/2013**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **MARIA DEL ROSARIO HERNANDEZ HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

N.I.G.: 28.079.00.2-2012/0017383

Recurso de Apelación 1826/2012

O. Judicial Origen: Juzgado de 1ª Instancia nº 83 de Madrid

Autos de Liquidación Sociedades Gananciales 345/2011

Apelante- demandada: DOÑA Esperanza

Procuradora: DOÑA Mª PILAR CORTES GALÁN

Apelado-demandante: DON Ruperto

Procurador: DON IGNACIO BATLLO RIPOLL

Ponente: ILMA. SRA. DOÑA ROSARIO HERNANDEZ HERNANDEZ

SENTENCIA N° 832/2013

Magistrados:

Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández

Ilmo. Sr. D. Eladio Galán Cáceres

Ilma. Sra. Doña ROSARIO HERNANDEZ HERNANDEZ

En Madrid, a veinticinco de octubre de dos mil trece.

La Sección Vigésimo segunda de esta Audiencia Provincial ha visto, en grado de apelación, los autos de formación de inventario seguidos, bajo el nº 345/11 ante el Juzgado de Primera Instancia nº 83 de los de Madrid, entre partes:

De una, como apelante-demandada Doña Esperanza , representada por la Procuradora Doña Mª Pilar Cortes Galan.

De la otra, como apelado-demandante Don Ruperto , representado por el Procurador Don Ignacio Batlló Ripoll.

Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Magistrada Doña ROSARIO HERNANDEZ HERNANDEZ

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

SEGUNDO.- Con fecha 4 de junio de 2011 por el Juzgado de Primera Instancia nº 83 de los de Madrid se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " FALLO : Que estimando parcialmente la oposición interpuesta por la representación de Dª Esperanza ante la propuesta de inventario formulada por la de D. Ruperto debo declarar y declaro haber lugar a :



Incluir en el haber partible de la sociedad de gananciales integrada por el matrimonio que formaron los litigantes, todos los bienes relacionados por el actor en su propuesta y con los porcentajes también propuestos por él, pero adicionando además el contenido de la caja fuerte abierta por dicha sociedad de gananciales propuesta por la demandada.

No haber especial pronunciamiento sobre las costas procesales de este incidente."

TERCERO.- Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma, se interpuso recurso de apelación por la representación legal de D^a Esperanza , exponiendo en el escrito presentado las alegaciones en las que basaba su impugnación.

De dicho escrito se dio traslado a las demás partes personadas, presentando la representación de Don Ruperto escrito de oposición.

Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Superioridad, en la que, previos los trámites oportunos, se acordó señalar para deliberación, votación y fallo del recurso el día 24 de octubre de los corrientes.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de D^a Esperanza , demandada en proceso entablado para la liquidación de la sociedad legal de gananciales que conformaron los litigantes, interpone recurso de apelación frente a la sentencia recaída en la instancia a 4 de junio de 2.012, suplicando de la Sala se revoque la disentida y se declare inadmisibile la demanda. Subsidiariamente, para el supuesto de desestimación de esta pretensión, solicita se dictamine que la vivienda y plaza de garaje anexa, cuyo 47,04% forma parte del activo del inventario, sean excluidas del mismo, al ser privativos de los ex consortes al 50 %, todo ello con imposición de las costas de la alzada al actor.

Se opone la contraparte al recurso interesando su desestimación e íntegra confirmación de la disentida, así como condena a la apelante al pago de las costas de la segunda instancia.

SEGUNDO.- Por lo que respecta a la excepción alegada de inadmisibilidad de la demanda, por defecto legal en el modo de plantearla, alega la recurrente que en la misma no se expresa con claridad y precisión lo que se pide, ni se fijan cifras concretas, ni se da valoración a bienes, argumentando la falta de virtualidad del desconocimiento de saldos exactos de cuentas, en cuanto todas han de ir referidas a la fecha de la sentencia de divorcio, en méritos a la cual, se disuelve "ope legis" la sociedad legal de gananciales, sin que, ni el escrito generador del proceso, ni la disentida, que, con la salvedad de incluir el contenido de una caja fuerte, aprueba el inventario propuesto por el actor, especifiquen punto cronológico.

En demanda concluyó el actor suplicando se estimara la propuesta de inventario contenida en el cuerpo de la misma, y en esta, específico con absoluta claridad y precisión, bien a bien, cuantos muebles, inmuebles y efectos integraban el activo, omitiendo pasivo, refiriendo los saldos de productos bancarios a la fecha de la separación de hecho, que se produjo dos años antes de recaer la sentencia de divorcio de los litigantes.

Sentado lo precedente, el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , sobre la demanda y su contenido, dispone:

1. El juicio principiará por demanda, en la que, consignados de conformidad con la que se establece en el artículo 155 los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o residencia en que pueden ser emplazados, se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pide.
2. Junto a la designación del actor se hará mención del nombre y apellidos del procurador y del abogado, cuando intervengan.
3. Los hechos se narrarán de forma ordenada y clara con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar. Con igual orden y claridad se expresarán los documentos, medios e instrumentos que se aporten en relación con los hechos que fundamenten las pretensiones y, finalmente, se formularán valoraciones o razonamientos sobre éstos, si parecen convenientes para el derecho del litigante.
4. En los fundamentos de derecho, además de los que se refieran al asunto de fondo planteado, se incluirán, con la adecuada separación, las alegaciones que procedan sobre capacidad de las partes, representación de ellas o del procurador, jurisdicción, competencia y clase de juicio en que se deba sustanciar la demanda, así como sobre cualesquiera otros hechos de los que pueda depender la validez del juicio y la procedencia de una sentencia sobre el fondo.



5. En la petición, cuando sean varios los pronunciamientos judiciales que se pretendan, se expresarán con la debida separación. Las peticiones formuladas subsidiariamente, para el caso de que las principales fuesen desestimadas, se harán constar por su orden y separadamente.

El artículo 403 de la dicha Ley establece sobre admisión y casos excepcionales de inadmisión de la demanda:

1. Las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley.
2. No se admitirán las demandas de responsabilidad contra Jueces y Magistrados por los daños y perjuicios que, por dolo, culpa o ignorancia inexcusable, irrogaren en el desempeño de sus funciones mientras no sea firme la resolución que ponga fin al proceso en que se suponga causado el agravio. Tampoco se admitirán estas demandas si no se hubiera reclamado o recurrido oportunamente en el proceso contra el acto u omisión que se considere causante de los daños y perjuicios.
3. Tampoco se admitirán las demandas cuando no se acompañen a ella los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquéllas o no se hayan intentado conciliaciones o efectuado requerimientos, reclamaciones o consignaciones que se exijan en casos especiales.

Son al caso de aplicación los artículos 416.5 y 424 de la L.E.Civil , precepto este último sobre actividad y resolución en caso de demanda defectuosa, que expresa:

1. Si el demandado alegare en la contestación a la demanda la falta de claridad o precisión de ésta en la determinación de las partes o en las pretensiones deducidas, o si el actor adujere en la audiencia esos mismos defectos en la contestación o en la reconvencción, o si, de oficio, el tribunal apreciare unos u otros, admitirá en el acto de la audiencia las aclaraciones o precisiones oportunas.
2. En caso de no formularse aclaraciones y precisiones, el tribunal sólo decretará el sobreseimiento del pleito si no fuese en absoluto posible determinar en qué consisten las pretensiones del actor, o, en su caso, del demandado en la reconvencción, o frente a qué sujetos jurídicos se formulan las pretensiones.

Consecuentemente con los antecedentes fácticos y legales, ha de ser rechazada la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, dando prevalencia al principio por actione, pues es evidente que lo interesado por el actor en su demanda, se contrae sin duda de ninguna especie, a la aprobación de su propuesta de inventario, en la que concreta y determinadamente se expresan diversos conceptos debidamente individualizados, con porcentajes, en su caso, e indicación de saldos bancarios al tiempo de la separación de hecho, y así lo ha venido entendiendo la propia dirección letrada de la recurrente, a quien la supuesta falta de claridad y precisión no ha ocasionado indefensión alguna, y de ello es muestra patente el hecho de que en el curso de la vista celebrada en las actuaciones a 12 de enero de 2.012, según queda reflejado en el soporte audiovisual en el que se documenta el acto, pudo con perfección articular su oposición al inventario de adverso sobre la base de que el punto cronológico al que había de retrotraerse este, no era otro que el de la fecha de la sentencia de divorcio, que no del auto de alejamiento, de la misma manera que el de la herencia habría de conformarse a la fecha del fallecimiento del causante.

Llegado este punto, permítasenos precisar que en principio la mera separación de hecho no es productora de efectos disolutorios, por ir en contra de lo prevenido en los artículos 95 , 82.5 , 1.368 , 1.392 y 1.393.3, todos ellos del Código Civil , y, salvo que sea prolongada o dilatada la expresada situación de separación de hecho, ha de entenderse que la disolución "ipso iure", de la sociedad ganancial, se produce cuando judicialmente se decreta la separación de los cónyuges, o tenga lugar uno de los supuestos de disolución, por ministerio de la ley, previstos con carácter taxativo en el artículo 1.392 del Código Civil , de acuerdo con lo dispuesto con carácter general en el primer párrafo del artículo 95 del mismo Cuerpo Legal , sin que puedan retrotraerse sus efectos al momento de la crisis del matrimonio.

Dicha regla general presenta como excepción los supuestos de larga separación de hecho mutuamente consentida. Así lo ha señalado el Tribunal Supremo en las sentencias de 13-Julio-1.986 , 23-Diciembre-1.992 , 27-Enero-1.998 , 17-Junio-1.998 , 24-Abril- 1.999 y 26-Abril-2.000 , entre otras muchas de igual signo.

Afirma el T.S. en STS de 27 de enero de 1998 :

"Esta Sala ha sostenido (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1988), con doctrina reiterada que confirmamos, que la separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida entre los cónyuges (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1986). Rota, pues, la convivencia conyugal, con el consentimiento de la mujer, no cabe que se reclamen derechos sobre unos bienes a cuya adquisición no contribuyó, pues tal conducta es contraria a la buena fe y conforma uno de los requisitos del abuso del derecho al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1987). Por tanto, decae el motivo." La separación de hecho libremente consentida destruye el fundamento de la sociedad conyugal (Sentencias de 23 de diciembre de 1.992 y las



que cita). Doctrina que en definitiva representa la introducción de una línea correctora de la literalidad del artículo 1392.3 del Código Civil, para cuya aplicación se viene exigiendo -según los diversos pronunciamientos habidos en la materia-, una inequívoca voluntad de poner fin, con la separación de hecho, al régimen económico matrimonial además de una separación fáctica prolongada.

En principio podría sostenerse, en lo que aquí interesa, que la disolución no se produce hasta la firmeza de la sentencia decretando la separación o divorcio. Por lo que la aparente conclusión sería que los bienes a inventariar serían los existentes en el momento de la disolución (artículo 1.397-1º del Código Civil).

Sin embargo, como ya se ha dicho, nuestra jurisprudencia no sigue siempre este criterio, porque puede conducir a situaciones de manifiesta injusticia material. Así, es doctrina jurisprudencial reiterada (Ts. 26 de abril de 2000 , 24 de abril de 1999 , 27 de enero de 1998 , 2 de diciembre de 1997 , 23 de diciembre de 1992 , 17 de junio de 1988 , 26 de noviembre de 1987 , 13 de junio de 1986 , entre otras), que, con el fin de mitigar el rigor literal del número tercero del artículo 1.392 del Código Civil, para adaptarlo a la realidad social (artículo 3.1 del Código Civil) y al principio de buena fe (artículo 7 del mismo Código), la finalización real de la sociedad de gananciales puede datarse, en determinadas circunstancias, a la efectiva separación de hecho libremente consentida, no siendo legítimo que se pretenda partir ganancias obtenidas con posterioridad, cuando ya el matrimonio está roto y no existe ese ánimo comunitario. Dicha doctrina jurisprudencial viene estableciendo sistemáticamente que «rota la convivencia conyugal, no cabe que se reclamen, por un cónyuge, derechos sobre unos bienes a cuya adquisición no contribuyó, pues tal conducta es contraria a la buena fe y conforma uno de los requisitos del abuso del derecho, al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos»; si bien exige que «obedezca a una separación fáctica (no a una interrupción de la convivencia) seria, prolongada y demostrada o acreditada por los actos subsiguientes de formalización judicial de la separación, y siempre que los referidos bienes se hayan adquirido con caudales propios o generados con su trabajo o industria a partir del cese de aquella convivencia ». Sin embargo en alguna ocasión el Tribunal Supremo ha mostrado un criterio contrario, como por ejemplo en la sentencia de 14 de febrero de 2000). A "sensu contrario", tampoco resulta admisible que se pretendan inventariar exclusivamente los bienes existentes cuando adquiere firmeza la sentencia de separación o divorcio (que puede dilatarse temporalmente muchos años), si se constata que uno de los cónyuges aprovechó ese tiempo intermedio para descapitalizar la sociedad.

Para solventar los problemas prácticos, que pueden conducir como se dijo a palmarias injusticias, se han propuesto doctrinalmente tres posibilidades: a) Atender exclusivamente a la fecha en que ganó firmeza la sentencia que decreta la separación o el divorcio (Tesis sostenida por Peña Bernaldo de Quirós); b) Desde el día de la presentación de la demanda solicitando la separación o divorcio (tesis de Lacruz Berdejo), cuya retroacción no perjudicaría nunca a terceros (artículo 1.317 del Código Civil); y c) la fecha que se establezca en la resolución judicial, que puede ser la misma o retrotraerla a un momento anterior. Y cualquiera de las dos últimas tesis serviría de contrapunto al cónyuge malicioso que deliberadamente retrasase la tramitación, o se apoderase de patrimonio ganancial.

Nuestro legislador, pese a que aparentemente se inclinaría por la fecha en que la sentencia ganó firmeza (artículos 83 , 89 , 95.1 del Código Civil) lo cierto es que incurre en una contradicción significativa, por lo que en la actualidad parece decantarse por acudir al momento de la admisión a trámite de la demanda. Así, debe significarse que en el artículo 1.394 del Código Civil (que si bien se refiere exclusivamente a los supuestos del artículo 1.393, pero podría aplicarse analógicamente cuando fuere necesario para los contemplados en el 1.392) se menciona que de seguirse pleito "iniciada la tramitación" se practicará el inventario, lo que significa que lo que debe inventariarse es lo existente en ese momento, y no en el posterior en que alcance firmeza la sentencia. Y de forma específica, avala la tesis mencionada el artículo 808 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuando dispone que «admitida la demanda de nulidad separación o divorcio, o iniciado el proceso en que se haya demandado la disolución del régimen económico matrimonial, cualquiera de los cónyuges podrá solicitar la formación de inventario»; lo que implica que los bienes a inventariar serán precisamente los existentes en ese momento inicial del procedimiento como es la admisión a trámite, sin perjuicio de que la efectiva liquidación deba demorarse a la firmeza de la resolución (artículo 810. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Es decir, la mención del artículo 1.397-1º del Código Civil, relativo a que los bienes a inventariar serán los existentes en el momento de la disolución de la sociedad de gananciales es aplicable a los supuestos en que se produce de forma instantánea (fallecimiento de uno de los cónyuges, capitulaciones matrimoniales, y similares), pero cuando se produzca por otras causas (nulidad, separación o divorcio) en los que existen un período intermedio, debe atenderse por regla general a la fecha de admisión a trámite de la demanda, sin perjuicio de que además deban tenerse en consideración las posibles excepciones ocasionadas en supuestos de separaciones de hecho libremente consentidas, dilatadas en el tiempo, que pueden obligar a retrotraer aún más la fecha de finalización efectiva de la sociedad de gananciales."



En el supuesto concreto que enjuiciamos, entiende la Sala que un periodo superior a los 2 años que median entre la fecha de la separación de hecho, auto de 1 diciembre de 2.005, y la de la sentencia de divorcio de 21 de enero de 2.008, es más que suficiente como para apartarse del principio general establecido en el artículo 1.392-3 del Código Civil, y considerar que al momento del cese de la convivencia se puso fin a la esencia de la comunidad ganancial (entre otras las SS del Tribunal Supremo de fechas 27-1-98 y 11-10-1999), con cese de la posibilidad de vincular bienes del otro consorte, de manera que, como viene señalando la jurisprudencia, en este caso, la separación de hecho ha excluido el fundamento de la sociedad de gananciales, que es precisamente la convivencia mantenida entre los cónyuges, por lo que una vez rota, de conformidad con esta doctrina, no cabe que se reclamen derechos sobre unos bienes a cuya adquisición no se contribuyó, pues tal conducta es contraria a la buena fe y conforma uno de los requisitos del abuso de derecho, como procede el reintegro de bienes o efectos que existiendo a dicha fecha, se hayan destinado con posterioridad a repetido momento por uno solo de los consortes, sin conocimiento ni consentimiento del otro, a fines particulares y ajenos a la sociedad legal de gananciales, cual el caso de saldos respecto de los que se haya dispuesto, pero ello debe obedecer a una separación fáctica, seria, prolongada y acreditada por los actos subsiguientes de formalización judicial de la separación.

Concurre en suma una separación fáctica prolongada, y a dicha fecha de la separación de hecho han de retrotraerse las consecuencias económicas de la disolución de la sociedad legal de gananciales entre los consortes, como se hace en la sentencia apelada, toda vez que, finalizada definitiva e irreversiblemente la convivencia en el concreto caso que enjuiciamos en el año 2.005, a la misma han de concretarse los saldos de la sociedad legal de gananciales que nos ocupa.

Todo ello sin desconocerse por esta Sala la doctrina del Tribunal Supremo expresada en sentencias, entre otras, de 8 de octubre de 2.004 o 17 de diciembre de 1.997, más esta no es de aplicación en el presente caso, en el que concurren otras circunstancias excluyentes.

En lo que afecta a la valoración de bienes inventariados, es por completo indiferente que no se concrete en la propuesta de inventario contenida en el escrito generador del proceso, importe de conceptos o partidas, pues el momento en el que aquella se lleva a cabo, en atención a los preceptos legales aplicables, es el de la efectiva liquidación o adjudicación de la masa común, segunda fase del presente proceso, de avalúo y adjudicaciones, de no mediar acuerdo, procediendo al nombramiento de contador partidor y, en su caso, peritos, según previene el artículo 810 de la L.E.Civil, conforme a lo establecido en el artículo 784 de dicha Ley, continuando la tramitación con arreglo a lo dispuesto en los artículos 785 y siguientes y no otros anteriores, como puedan ser el de previo juicio de separación o divorcio, o bien el de presentación de demandas o propuestas de liquidación, a tenor del criterio seguido al respecto por el Tribunal Supremo, sentencia número 561/2.006, de 6 de junio de 2.006, de la Sala 1ª, recaída en el recurso 3.545/1.999.

Procede por todas las razones expuestas desestimar el motivo principal de recurso, al no acreditarse en la alzada error de la valoración de la prueba practicada, o de aplicación o interpretación de la norma en vigor en que haya incurrido el Juez "a quo", con confirmación en este punto de la sentencia apelada, en la que no se advierte incongruencia alguna, ni extra ni ultra petita, teniendo en consideración el principio "iura novit curia", así como el conocido aforismo doctrinal "da mihi factum, dabo tibi ius", ambos consagrados en el artículo 218 de la L.E.Civil, al facultar al Tribunal, sin apartarse de la causa paetendi, acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolver conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido citadas o alegadas acertadamente por los litigantes.

TERCERO.- Entrando en el examen del fondo del asunto, a la vista de las actuaciones, analizadas estas detenidamente, es factible anticipar la procedencia de la desestimación del motivo subsidiario de recurso, con confirmación de la disentida, y lógico mantenimiento en el inventario que nos ocupa, en la partida del activo, del 47,04 % de la vivienda, finca registral número NUM000, letra NUM001, planta NUM002 del edificio sito en Madrid, al sitio DIRECCION000, con fachadas a la CALLE000 y AVENIDA000, portal NUM003, adquirido, como se indica en la propia propuesta de inventario del recurrido, por mitad y proindiviso por los entonces consortes; vivienda que tiene como anejo inseparable, la plaza de aparcamiento nº NUM004 en la planta NUM005 NUM006.

En virtud de contrato privado de compraventa de 25 de septiembre de 1.984, Dº Ruperto, en estado de soltero, adquirió el inmueble en cuestión (documento obrante a los folios 51 a 55 de autos, al que nos remitimos en aras a la brevedad y damos por reproducido).

Posteriormente, Dº Ruperto y Dª Esperanza, ambos todavía solteros, pues el matrimonio se contrajo el 7 de diciembre de 1.985, el día 3 de dicho mes y año, comparecieron ante Notario y otorgaron escritura pública de compraventa de repetido inmueble, adquiriéndola uno y otro proindiviso y por mitad (documento obrante a los folios 40 a 44 de autos, al que igualmente nos remitimos y damos en aras a la brevedad por reproducido).



En estas circunstancias, no puede menos que concluirse considerando que la vivienda que nos ocupa y la plaza de garaje que constituye anejo de aquella, pertenece en proindiviso a la sociedad legal de gananciales en un 47,04 %, y a ambos ex consortes, por mitad e iguales partes, en el 52,96 % restante, tal y como se entiende por el Juez "a quo" y por el actor aquí recurrido.

No obstante, las razones que nos conducen a la confirmación son diversas de las que han determinado la aprobación de la propuesta de inventario tantas veces aludida.

En meritada escritura pública de 3 de diciembre de 1.985, no se hizo referencia a reserva, condición, ni declaración de abono previo de cantidades en pago del inmueble por parte de D^o Ruperto , que diera lugar a derecho de reembolso a su favor.

Reiteradamente mantiene esta Sala en todos aquellos supuestos en los que cualquiera de las partes, mayor de edad y no declarada judicialmente incapaz, como acontece en autos, verifica una disposición de manera libre y voluntaria, sin la concurrencia de vicio alguno de consentimiento, y sin hacer en su momento reserva, ni declaración de privatividad, ni reseñar derecho de reembolso o imponer condición sobre el metálico invertido en la adquisición del domicilio familiar, es un comportamiento que se encamina a causar estado en beneficio, ya de la sociedad matrimonial, ya de la adversa, y bien puede considerarse por ello, una liberalidad del consorte para con la dicha sociedad conyugal que constituye con la contraparte, o para con esta.

Aquí acontece que en momento inmediatamente anterior a la celebración del matrimonio, D^o Ruperto , en escritura pública, libre, voluntaria y conscientemente, representándose una inminente convivencia pacífica, reconoció que la vivienda se adquiriría por ambos litigantes al 50 %, con independencia de lo que previamente hubiera en exclusiva destinado el mismo para la compra, y no es sino ahora, tras la ruptura, cuando se retracta de aquella liberalidad, yendo contra sus propios actos.

Las cantidades satisfechas en pago con anterioridad al momento de la firma de la escritura, fueron donadas en tal acto del otorgamiento, por D^o Ruperto a su entonces novia, realizando una liberalidad para con D^a Esperanza , como hemos dicho que reiteradamente viene sosteniendo esta Sala en igual línea que se pronuncia el TS, Sala 1^a, S 8-10-2004, n^o 969/2004, rec. 2717/1998 , en la que el Alto Tribunal, en resumen argumenta que aunque la regla general es la de presumir la ganancialidad de los bienes del matrimonio, debiendo probar, quien lo alegue, su privatividad, sin embargo, ello cede, por lo menos en lo que se refiere a la relación entre los cónyuges, en el caso de que ambos de mutuo acuerdo o uno de ellos, haya reconocido a favor del otro esa privatividad, declaración de voluntad que no se ve afectada por situaciones tales como falta de precio, o desproporción del mismo, que no afectan a su validez, todo lo cual cabe tanto cuando se reconoce la privatividad de un bien inicialmente ganancial, como a la inversa, esto es, cuando un bien inicialmente privativo se reconoce como ganancial.

Así, en ausencia de declaración expresa de carácter privativo de aportación alguna por parte del esposo, con omisión de anuncio concreto de reserva o condición sobre las cantidades ingresadas, ni mención sobre el derecho de reembolso, es evidente la voluntad del consorte, de realizar a favor de la sociedad conyugal un desplazamiento patrimonial, de manera que no procede ningún derecho de reembolso, ni inclusión en el pasivo societario de ningún derecho de crédito a favor de aquel.

El artículo 1.355 del Código Civil establece:

"Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de ganancial a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos que se satisfaga. Si la adquisición se hizo en forma conjunta, y sin atribución de cuotas, se presumirá la voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes".

En este sentido, siguiendo la doctrina sentada por la jurisprudencia menor (entre otras, sentencia de 23 de septiembre de 1999 de la Audiencia Provincial de Álava , y sentencia de 10 de marzo de 1994, de la Audiencia Provincial de Valencia , y de esta propia Sala -sentencia de 14 de septiembre de 2004 -) es posible atribuir el carácter ganancial a un bien, si ello se infiere de la voluntad de los cónyuges, plasmada en los actos y contratos, mediante documento privado y escritura pública, celebrados por aquellos, y aun admitiendo la procedencia del carácter privativo del dinero empleado para la compra, en tanto en cuanto no se hace ningún tipo de manifestación, sobre reserva o condición del carácter privativo de dicho metálico, a fin de propiciar, en el momento oportuno, cual nos ocupa, la reivindicación de dicho carácter privativo del bien adquirido, o en su defecto, el derecho de reembolso conforme al artículo 1.358 de dicho texto legal citado.

No puede olvidarse, por otra parte, que el artículo 1.323 del Código Civil permite al marido y la mujer la transmisión por cualquier título de bienes y derechos, y la posibilidad de celebrar entre si toda clase de contratos, de manera que es factible la transmisión de los bienes de la exclusiva pertenencia de uno de ellos, lo que también viene referido a posibles derechos inherentes a favor de cada cónyuge sobre su cuota ganancial,



de forma que, con total libertad, se le permiten realizar los contratos que estimen conveniente (Tribunal Supremo, sentencia de 17 de diciembre de 1.997).

Conviene resaltar, a mayor abundamiento, la vinculación, en principio y por regla general, de la doctrina de los propios actos, expresamente aplicable para las adquisiciones conjuntas, aún no descartándose la posibilidad de destruir la presunción "iuris tantum" de ganancialidad por los medios probatorios admitidos en derecho.

En suma, el repetido artículo 1.355 permite que los cónyuges, de común acuerdo, puedan atribuir el carácter ganancial a cualquier el bien adquirido a título oneroso durante el matrimonio, especialmente si dicho bien pudiera resultar, en otro caso, privativo, por la procedencia de los fondos empleados en la adquisición, y ello quiere decir que el bien al que se le ha atribuido voluntariamente la condición de ganancial lo va a ser de manera definitiva, siendo irrelevante cualquier demostración posterior del carácter privativo del dinero empleado en su adquisición (sentencia de 11 de enero de 2002, de la Audiencia Provincial de Vizcaya).

Para concluir, a mayor abundamiento, en estos términos centrado el debate, la sentencia apelada no ocasiona perjuicio económico a la recurrente, toda vez que a efectos prácticos, la decisión adoptada en la instancia no repercute negativamente en el porcentaje individual final en el que esta participa en la titularidad, en cuanto resulta el mismo tanto si se considera el bien 100 % ganancial, como si se entiende totalmente privativo al 50 % en proindiviso de uno y otro ex consorte, con exclusión total del inventario, o como queda hecho, 47,04 % ganancial y 52,06 privativo, pues, reiteramos, que en esta cuota de privatividad ambos litigantes participan por igual.

CUARTO.- Pese a la desestimación del recurso, no ha lugar a condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas que se puedan generar en la presente alzada, en atención a las concretas circunstancias concurrentes antes expuestas, a las dudas de hecho que se han suscitado, jurisprudencia recaída en supuestos análogos y posibilidad abierta a ello, aún ambigua, por el juego de lo dispuesto en los artículos 398 y 394 de la L.E.Civil .

QUINTO.- La desestimación del recurso determina la pérdida del depósito constituido, de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial.

Vistos, además de los citados, los artículos de general y pertinente aplicación,

III.- FALLAMOS

Que, DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora Doña Mª Pilar Cortes Galán, en nombre y representación de Doña Esperanza , contra la sentencia dictada en fecha 4 de junio de 2011, por el Juzgado de 1ª Instancia nº 83 de Madrid , en autos de formación de inventario nº 345/11 seguidos entre dicha litigante y Don Ruperto , debemos CONFIRMAR y CONFIRMAMOS meritada resolución, todo ello sin condenar a ninguno de los litigantes al pago de las costas de la alzada.

Deberá darse legal destino al depósito constituido para recurrir en apelación

Contra la presente resolución, en aplicación de la doctrina dictada por el Tribunal Supremo no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo de la Sala y será notificada a las partes en legal forma lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

E/

PUBLICACION.- Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándosele publicidad en legal forma y expidiéndose certificación literal de la misma para su unión al rollo. Doy fe